Sygn. akt: KIO 1892/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2024 roku przez wykonawcę **allclouds.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego: IT Solution Factor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa – Urzędowi Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy **IT Solution Factor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Skarb Państwa – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **allclouds.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie** na rzecz wykonawcy **allclouds.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy)**,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

……..

Sygn. akt: KIO 1892/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Urząd Komisji Nadzoru Finansowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przedłużenie subskrypcji licencji i świadczenie wsparcia technicznego dla środowiska WAF (WAF – Web Application Firewall) opartego o klaster FortiWEB.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 29 maja 2024 r. wykonawca allclouds.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

1.zaniechania zamawiającego polegającego na powstrzymaniu się od wezwania wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny co stanowi naruszenie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., a przez to również:

2.zaniechania zamawiającego polegającego na powstrzymaniu się od odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej również jako ITSF), pomimo że zawierała ona rażąco niską

cenę lub została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 8 ustawy P.z.p., a w konsekwencji:

3.czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty IT Solution Factor sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo że oferta ta zawierała rażąco niską cenę lub została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji co stanowi naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 lub 8 ustawy P.z.p.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie, w których wypowie się na temat liczby interwencji serwisowych zgłoszonych przez zamawiającego podczas wykonywania umowy nr 179/2021 zawartej pomiędzy zamawiającym i odwołującym.

W zakresie rozstrzygnięcia odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości ze względu na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p.;

2.nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert z dnia 24 maja 2024 roku,

3.nakazanie zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu;

4.nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy IT Solution Factor sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny;

5.z daleko posuniętej ostrożności odrzucenie oferty złożonej przez IT Solution Factor sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, iż złożył w postępowaniu drugą ofertę najkorzystniejszą, dodatkowo oferta odwołującego w przeciwieństwie do oferty wybranej przez zamawiającego została złożona zgodnie z relewantnymi wymaganiami prawnymi. Wobec powyższego, ze względu na czynności i zaniechania zamawiającego dokonane wbrew przepisom ustawy P.z.p., odwołujący poniósł szkodę polegającą na braku możliwości realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu 1 – zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny – odwołujący podniósł, że przygotowując się do przeprowadzenia postępowania, zamawiający oszacował maksymalną wartość zamówienia na kwotę 642 867,81 złotych brutto, z czego kwota 317,958.46 złotych brutto miała zostać przeznaczona na realizację zamówienia podstawowego. Zamawiający otrzymał dwie oferty z całkowitymi cenami 418 200 złotych brutto oraz 405 900 złotych brutto, a więc z cenami ponad 30% niższymi od przewidzianego przez niego budżetu, co stanowi przesłankę do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1. Z protokołu postępowania wraz załącznikami udostępnionego odwołującemu dnia 28.05.2024 r. wynika, że ta rozbieżność cen brutto złożonych ofert w stosunku do przewidywanej wartości zamówienia nie wzbudziła wątpliwości zamawiającego.

W ocenie odwołującego takie postępowanie zamawiającego nie jest prawidłowe. Dnia 06.05.2024 r. odwołujący skierował do zamawiającego pismo wskazujące na to, że cena zaoferowana przez ITSF jest niższa od kosztów jakie ten wykonawca poniesienie w związku z realizacją zamówienia. Pomimo otrzymania od odwołującego przedmiotowej informacji, zamawiający zaniechał dokonania wezwania wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 2 pkt 1.

W zakresie zarzutu 2 i 3 – zaniechanie odrzucenia oferty ITSF i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób wadliwy – odwołujący podniósł, że:

Część pierwsza — w postępowaniu wybrano ofertę zawierającą rażąco niską cenę.

ITSF w postępowaniu zaoferował następujące ceny za realizacje zamówienia podstawowego:

Lp.	przedmiot wyceny	Jednostka miary	Wolumen	Cena jednostkowa netto [PLN]	Wartość netto [PLN] (DxE)	Wartość VAT (PLN)	Wartość brutto (PLNI
		C					
1.	zamówienie podstawowe zapewnienie przedłużenia ważności subskrypcji licencji posiadanego przet Zamawiającego środowiska WAF (Web Application Firewall), w tym usług wsparcia producenta, na okres 12 miesięcy od dnia zakończenia aktualnego okresu ważności subskrypcji licencji tj. od 8 czerwca 2024 r.	usługa	1	153 000,00 zł	153 000,00 zł	35 190,00 zł	188 190.00
2,	zamówienie podstawowe • świadczenie przez Wykonawcę wsparcia technicznego dla posiadanego przez Zamawiającego środowiska WAF (Web Application Firewall) przez okres 12 miesięcy od	kwartał	4	3 000.00 zł	12 000,00 zł	2 760,00 zł	14 760,00 zł

Odwołujący wskazał, że przedłużenie ważności subskrypcji licencji dla posiadanego przez zamawiającego

środowiska WAF należy zakupić od producenta FORTINET. Wszyscy partnerzy FORTINET otrzymują ceny wynikając z powszechnie dostępnego cennika FORTINET rabatowane 0,5%, z wyjątkiem partnera, który dokonał już sprzedaży danego rozwiązania do zamawiającego, który w uznaniu za przedłużenie współpracy z danym klientem otrzymuje większy upust wynikający z jego statusu partnerskiego. ITSF, w przeciwieństwie do odwołującego, nie dokonał sprzedaży do zamawiającego i otrzymał od producenta następującą cenę na zakup przedłużenia ważności subskrypcji licencji dla środowiska WAF zamawiającego zgodnie z wyliczeniem zawartym w Tabeli A. Porównanie ceny zaoferowanej przez ITSF zamawiającemu doprowadza do stwierdzenia, że ITSF na dokonaniu dostawy przedłużenia ważności subskrypcji licencji nie tylko nie zarobi, ale zanotuje stratę w wysokości niemal 12 tysięcy złotych netto.

Przedłużenie ważności subskrypcji licencji FortiWEB na 12 miesięcy - cena netto ITSF dla UKNF (w PLN netto)	PLN	153,000.00
Przedłużenie ważności licencji FortiWEB 12 miesięcy - cena netto Producenta dla ITSF (w USD)		43,029.36
Kurs NBP USD do PLN na dzień składania ofert	4.0276	
Przedłużenie ważności licencji FortiWEB 12 msc - cena Producent dla ITSF - po przewalutowaniu (w PLN netto)	PLN	173,305.05
Przedłużenie ważności licencji FortiWEB 12 msc - cena Producent dla ITSF — po uwzględnieniu upustu dla Partnera -5% (w PLN netto)	PLN	
Strata ITSF na sprzedaży licencji (w PLN netto)	PLN	(11,639.80)
Cenna netto ITSF dla UKNF za świadczenie wsparcia wykonawcy przez 12 miesięcy (w PLN netto)	PLN	12,000.00
Budżet ITSF na świadczenie wsparcia wykonawcy przez 12 miesięcy, przy uwzględnieniu braku jakiegokolwiek zysku na zamówieniu (w PLN netto)	PLN	360.20

Odwołujący podniósł, iż biorąc pod uwagę cenę zaoferowaną przez ITSF za świadczenie wsparcia wykonawcy, należy bezsprzecznie potwierdzić, że realizacja przedmiotu zamówienia przez ITSF na warunkach cenowych w złożonych przez wykonawcę ofercie, będzie się wiązała z poniesieniem przez ITSF straty finansowej. Z wyliczeń umieszczonych w Tabeli A wynika bowiem, że nawet jeżeli ITSF nie przewidział dla siebie żadnego zarobku z realizacji zamówienia, to na świadczenie dla zamawiającego wsparcia przez rok pozostawił sobie budżet w wysokości 360 złotych i 20 gorszy. W takim budżecie i przy uwzględnieniu stawki rynkowej dla specjalistów IT wykonujących usługę wsparcia nie jest możliwe świadczenie wsparcia dla zamawiającego na zadowalającym poziomie.

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z projektem umowy w postępowaniu w ramach realizacji usługi wsparcia wykonawca będzie zobowiązany do:

Wsparcie techniczne Wykonawcy

9, Wsparcie techniczne będzie włączone przez Wykonawcę w trybie 24/7 w języku polskim za pośrednictwem kanałów komunikacyjnych:

1) kontaktu telefonicznego.

2) e-mail

10.Czas rozwiązania Zgłoszeń — liczony od momentu przesłania Zgłoszenia

1)dla Awarii krytycznej do Godzin roboczych,

2)dla Awarii do Godzin roboczych,

3)dla Zapytania do 5 Dni roboczych

11.Wykonawca w ramach Wsparcia technicznego będzie świadczył

1)rozwiązywanie Zgłoszeń w czasach określonych w ust. 10;

2)pomoc techniczną w przeprowadzeniu operacji aktualizacji Oprogramowania,

3)pomoc techniczną w przeprowadzeniu zmian w konfiguracji Środowiska WAF zadanych przez Zamawiającego w tym pomoc we wdrożeniu nowej funkcjonalności lub modyfikacji obecnie działającej

4)pomoc techniczną związaną z przedłużoną subskrypcją licencji i posiadanym przez Zamawiającego Środowiskiem WAF (telefoniczne lub poprzez sesje zdalną np- Teams, Webex) w Dni robocze w Godzinach roboczych przez cały okres świadczenia Wsparcia technicznego Wykonawcy, co zostanie udokumentowane w przygotowanym przez Wykonawcę zestawieniu wykonanych konsultacji w ramach pomocy technicznej, które zostanie dołączone do protokołu odbioru, którego wzór znajduje się w Załączniku nr 2 do Umowy

Odwołujący wskazał, że zgodnie ze złożoną ofertą, ITSF w zakresie kryteriów pozacenowych zobowiązał się do świadczenia usług własnych na najwyższych parametrach świadczenia usług wsparcia technicznego wykonawcy na poziomie do 4 godzin roboczych dla usunięcia awarii krytycznej oraz do 24 godzin roboczych dla usunięcia awarii. Przy tak wysokich reżimach czasowych należało założyć pewien margines finansowy na wypadek niedotrzymania zaproponowanych czasów rozwiązywania zgłoszeń. Zważyć należy, że niedotrzymanie założonego czasu na zamknięcie zgłoszenia Zamawiającego wiąże się z ryzykiem nałożenia na Wykonawcę kar umownych opisanych w 56 Projektu umowy. Zgodnie ze wspomnianym fragmentem Projektu umowy wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości:

a.500,00 zł za każdą rozpoczętą Godzinę roboczą zwłoki — dla Awarii krytycznej;

b.250,00 zł za każdą rozpoczętą Godzinę roboczą zwłoki — dla Awarii;

c.100,00 zł za każdy rozpoczęty Dzień roboczy zwłoki — dla Zapytania.

W ocenie odwołującego ITSF jako podmiot profesjonalny powinien być również w stanie w sposób wiarygodny oszacować pracochłonność świadczenia tego typu usług przez 12 miesięcy i wiedzieć, że zarezerwowanie budżetu w wysokości 360.20 złotych na świadczenie usługi wsparcia przez 12 miesięcy jest wysoce niewystarczające. Dodatkowo brak uwzględnienia ryzyka związanego z zaoferowanymi najwyższymi reżimami świadczonego wsparcia technicznego potwierdza fakt rażąco niskiej ceny oferty ITSF.

Odwołujący stwierdził, że szacował pracochłonność usługi wsparcia Wykonawcy na podstawie swojego doświadczenia w pracy u zamawiającego. W okresie od czerwca 2021 roku do dnia sporządzenia odwołania odwołujący realizuje dla zamawiającego umowę nr 179/2021. Wspominana umowa przewiduje świadczenie usługi wsparcia w mniejszym zakresie niż przewidzianym w postępowaniu, ponieważ bez uwzględniania konsultacji związanych z przedłużeniem licencji (§ 3 ust. 11 pkt 4 Projektu Umowy). Pomimo że świadczony obecnie przez odwołującego zakres usługi wsparcia jest mniejszy, średnioroczna pracochłonność świadczenia usługi wsparcia dla wybranego przykładowego roku wynosi 80 roboczogodzin, co obejmowało realizację zadań wynikających ze zgłoszonych przez zamawiającego zgłoszeń serwisowych. Liczba 80 roboczogodzin przy średniej stawce rynkowej specjalistów IT wykonujących usługę wsparcia na poziomie 100 PLN netto prowadzi do wniosku, że koszty wykonawcy dla tej części przedmiotu zamówienia wynoszą co najmniej 8 000 PLN netto plus koszty zatrudnienia i podatek VAT.

W konsekwencji, w ocenie odwołującego, nie jest możliwe, że realizacja przez ITSF przedmiotu zamówienia w zaproponowanej przez niego cenie ofertowej będzie dla niego opłacalne, a co więcej wysoce prawdopodobne jest, że ITSF zanotuje w wyniku realizacji przedmiotu umowy stratę.

W ocenie odwołującego oferta ITSF została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej, tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Alternatywnie, jeżeli zamawiający, bądź ITSF w toku postępowania odwoławczego udowodnią cenę otrzymaną przez ITSF z dystrybucji producenta FORTINET korzystniejszą niż przedstawioną w Tabeli A, należy stwierdzić, że oferta ITSF i tak została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji i w związku z tym i tak podlega odrzuceniu na postawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. Otrzymanie bowiem przez ITSF oceny korzystniejszej niż przewidzianą przez warunki dla partnerów handlowych FORTINET jest dowodem na to, że to producent FORTINET dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencj opisanego w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) poprzez rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych partnerów, doprowadzając do promocji określonych podmiotów i utrudnianie innym partnerom FORITNET dostęp do rynku.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 lipca 2024 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pragnie zaznaczył, że u podstaw do wniesienia odwołania legła teza odwołującego, zgodnie z którą potencjalne udzielenie przez producenta odwołującemu większego upustu niż innym podmiotom nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy udzielenie większego upustu jakiemukolwiek innemu podmiotowi niż odwołujący taki czyn już stanowi. W ocenie Zamawiającego, to właśnie opisana przez odwołującego sytuacja, tj. swoisty „wieczny monopol” danego wykonawcy u producenta, stanowiłby czyn nieuczciwej konkurencji czy nawet mógłby świadczyć o potencjalnej zmowie cenowej.

Zamawiający podniósł, że nie znajduje także uzasadnienia zarzut dotyczący rzekomej rażąco niskiej ceny oferty wybranej przez zamawiającego. Obowiązek badania przez zamawiającego, czy cena nie jest zaniżona, nie powstaje w sytuacji, w której mimo przekroczenia różnicy 30% między ceną oferty a wartością zamówienia (powiększoną o podatek VAT), fakt powstania tej różnicy wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, a z taką sytuacją

mamy do czynienia w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutów sformułowanych w części 1 odwołania (zarzuty nr 1-3) zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący wybiórczo i w sposób celowy, na potrzeby sformułowania odwołania, powołuje się na art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. zarzucając zamawiającemu zaniechanie obowiązkowi żądania wyjaśnień, podczas gdy zgodnie przywołaną normą, złożenie ofert z cenami niższymi o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia nie stanowi samoistnej przesłanki do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień (ani tym bardziej nie przesądza automatycznie, że cena jest ceną rażąco niską). W przywołanym przepisie, na który powołuje się sam odwołujący, ustawodawca wprost wskazał wyjątek od określonej tam zasady, zgodnie z którym rozbieżność w zakresie ceny „wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia". Chodzi tu o wszelkie okoliczności, które zamawiający zna i pozwala mu to podjąć decyzję, że ceny ofert nie wymagają wyjaśnienia, gdyż wynikają z uwzględnienia tych okoliczności, a nie zaniżenia cen w stosunku do sytuacji rynkowej. W sytuacji gdy z ogólnej wiedzy profesjonalnej zamawiającego zobowiązującej go do oceny, czy wysokość ceny nie budzi wątpliwości, wynika, że wątpliwości tych brak — wezwanie do wyjaśnień nie powinno mieć miejsca. W konsekwencji, wezwanie do wyjaśnień w sytuacji oczywiście niezasadnej będzie stanowić nadużycie prawa.

W ocenie zamawiającego, w omawianym stanie faktycznym, bezsprzecznie materializuje się wskazana powyżej przesłanka odstąpienia od wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień, a przez to badania czy cena jest rażąco niska.

Pierwszą oczywistą okolicznością uzasadniająca odstąpienie przez zamawiającego od wezwania jest fakt, że dwie złożone oferty są na bardzo zbliżonym poziomie. Cena oferty odwołującego jest jedynie o 3,03% wyższa od ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą. Skoro odwołujący zaoferował realizację zamówienia za kwotę 418 000,00 zł brutto to nie ma podstaw, aby uznać, że realizacja zamówienia za prawie 406 000,00 zł brutto jest niemożliwa.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący złożył zamawiającemu ofertę, która również podlegałaby obowiązkowi wezwania odwołującego do wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych w reżimie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p., jeśli zamawiający uznałby twierdzenia odwołującego za wiarygodne, w tym twierdzenia powołane w piśmie odwołującego z dnia 6 maja 2024 r.

W ocenie zamawiającego brak jest podstaw i dowodów przesądzających o tym, że tylko odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie na tak zbliżonym poziomie cenowym. Ponadto odwołujący nie udowodnił ani nawet nie uprawdopodobnił, że cena wskazana w ofercie uznanej za najkorzystniejszą, nie pozwala na zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Opisana powyżej sytuacja już jako samodzielna przesłanka uzasadnia odstąpienie od wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 308/23.

Zdaniem zamawiającego w postępowaniu materializuje się także druga okoliczność oczywista, uzasadniająca zastosowanie wyjątku, o którym mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. Obowiązek badania, czy cena nie jest zaniżona, nie powstaje w sytuacji, w której mimo przekroczenia różnicy 30% pomiędzy ceną oferty a wartością zamówienia (powiększoną o podatek VAT), fakt powstania tej różnicy wynika z okoliczności oczywistych. Takie bowiem nie wymagają wyjaśnień (*clara non sunt interpretanda*). Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie poglądem taką okolicznością może być np. błąd zamawiającego przy ustalaniu wartości zamówienia, która wskutek takiego działania okaże się znacząco zawyżona w stosunku do wszystkich złożonych ofert. stanowiąc niewiarygodny punkt odniesienia do porównania z cenami ofert.

Zamawiający wskazał, że dokonał oszacowania wartości niniejszego zamówienia w oparciu o tzw. „rozeznanie rynku" (tj. poprzez wysłanie zapytania do kilku potencjalnych wykonawców). Jednakże w tym przypadku, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, wpłynęła tylko jedna wycena (przesłana przez Nomios Poland sp. z o.o.). Postępowanie miało wysoki priorytet ze względu na bliski termin ekspirowania wsparcia producenta na podstawie uprzednio zawartej umowy, stąd zamawiający nie ponawiał przedmiotowej procedury i oparł szacowanie wartości zamówienia o uzyskaną pojedynczą wycenę, mimo ryzyka, które taka sytuacja potencjalnie generuje — i które to ryzyko zmaterializowało się niestety w omawianym stanie faktycznym.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący już na potrzeby odwołania nie podnosi, że potencjalnie to właśnie ta wycena (stanowiąca podstawę szacowania wartości zamówienia) odstaje od „rynkowych" uwarunkowań z przyczyn wskazanych w odwołaniu tj. potencjalnie nie uwzględnia żadnych rabatów od ceny cennikowej producenta.

Gdyby zamawiający wziął pod uwagę powtarzający się charakter przedmiotowej usługi i oparł się choćby na wartości uprzednio zawartej umowy na analogiczny zakres świadczenia (umowa nr 179/2021), ceny obu uzyskanych aktualnie ofert nie byłyby niższe o co najmniej 30% od wartości szacunkowej zamówienia. Umowa nr 179/2021 została

bowiem zawarta na kwotę 464 000,00 zł brutto, a w postępowaniu, w wyniku którego zawarto przedmiotowy kontrakt, zostały także złożone dwie oferty: (i) allclouds.pl - 464 000,00 zł brutto oraz (ii) Nbit Sp. z o.o. – 500 931 , 03 zł brutto. Gdyby zatem zamawiający wybrał inną, a przy tym bardziej wiarygodną metodę szacowania wartości zamówienia tj. dokonał szacowania w oparciu o wartość uprzednio zawartej umowy (nr 179/2021), czy też nawet biorąc pod uwagę średnią z obu uzyskanych wówczas ofert z uwzględnieniem inflacji, ceny obu ofert złożonych w aktualnie toczącym się postępowaniu nie byłby niższe o co najmniej 30% wartości tak obliczonej wartości szacunkowej. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1612/21.

W ocenie zamawiającego w tym kontekście pozostają bez znaczenia wszelkie zaprezentowane przez odwołującego tezy własne o rzekomej rażąco niskiej cenie oferty wybranej przez zamawiającego, ponieważ z przyczyn wskazanych powyżej, cena ta w ogóle nie podlegała i nie powinna podlegać badaniu pod tym względem. Jednocześnie tezy odwołującego nie odnoszą się wszak do jakiegokolwiek stanowiska przystępującego czy składanych przez niego wyjaśnień, ponieważ w ogóle nie musiał ich składać i ich nie składał. Załączone w tym kontekście zrzuty ekranu czy hipotetyczne obliczenia nie stanowią zaś dowodu w sprawie, lecz są jedynie prywatną, subiektywną opinią, opartą na domniemaniach odwołującego i założeniach poczynionych na podstawie kosztów własnej działalności. Zamawiający podkreślił, że nie są to także żadne dokumenty oficjalnie otrzymane od producenta, które potwierdzałyby tezy prezentowane w odwołaniu, ponieważ w ogóle nie odnoszą się w sposób skonkretyzowany do wybranej przez zamawiającego oferty. Jedyne do czego mogą się potencjalnie odnosić to do metody szacowania ceny oferty odwołującego i przyjętych przez niego do wyceny elementów czy ryzyk. Bazując zatem na argumentacji odwołującego, to więcej wątpliwości budzi wycena odwołującego niż przystępującego, którego oferta także jest niższa o co najmniej 30% od szacunkowej wartości zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów sformułowanych w części 2 odwołania zamawiający podniósł, że treść zarzutów sformułowanych w tej części odwołania, naginanie tez z powołanego orzecznictwa do zupełnie odmiennego stanu faktycznego paradoksalnie dowodzi, że sam odwołujący ma świadomość braku wystarczających argumentów oraz dowodów na poparcie tez odwołującego i liczy się z wysokim prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że zarzuty sformułowane w części pierwszej nie zasługują na uwzględnienie, stąd formułuje zarzut w części drugiej w sposób alternatywny.

Odnosząc się do alternatywnego zarzutu, zgodnie z którym oferta przystępującego „i tak została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji", zamawiający podniósł, że biorąc pod uwagę użytą na poparcie tej tezy argumentację, zarzut ten jest nie tylko zaskakujący, ale wręcz niedorzeczny. Puentując bowiem wywód odwołującego twierdzi on, że posiada niejako swoisty „monopol" od producenta, bowiem udzielenie przez producenta odwołującemu większego upustu niż innym podmiotom nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w przepisach prawa, podczas gdy udzielenie większego upustu jakiemukolwiek innemu podmiotowi niż odwołujący taki czyn już stanowi.

Zamawiający zauważył, że odwołujący przywołuje wyroki KIO w zakresie rażąco niskiej ceny i podkreśla, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowania reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne, czy wręcz niemożliwe, a nawet nierealistyczne. Przy czym praktyka opisana przez odwołującego (rzekome „reguły rynkowe" przy nabywanym przedmiocie świadczenia), gdyby przyjąć, że faktycznie tak ona wygląda, to można rozważać, czy nie jest to działanie w warunkach nieuczciwej konkurencji, ale odwołanie w takiej sytuacji winien składać raczej przystępujący. Wszak praktyka taka w sposób oczywisty byłaby dla przystępującego (i *de facto* innych niż odwołujący podmiotów) dyskryminująca, a zamawiającego, mimo prowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, „skazywałaby" na wieczne kontraktowanie z tym samym podmiotem – odwołującym.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że taka praktyka (polegająca na udzielaniu mu na wyłączność większych rabatów od cenników producenta niż jakiemukolwiek innemu podmiotowi przy odsprzedaży na rzecz zamawiającego) faktycznie ma miejsce. Nie przedstawił w tym zakresie żadnego oficjalnego stanowiska producenta, potwierdzającego powyższe. Jeśli jednak odwołujący dysponowałby takim stanowiskiem producenta, wówczas taka sytuacja mogłaby kwalifikować się do zbadania przez inny uprawniony do tego organ.

Zamawiający zaznaczył, że polityka sprzedażowa czy partnerska danego producenta nie podlega jakimkolwiek wpływom zamawiającego. Dlatego przywołany przez odwołującego wyrok Sądu Najwyższego i cytowany fragment (wyrwany z kontekstu, niezwiązany ze stanem faktycznym w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu; powołane orzeczenie dotyczy przypadków tzw. „opłat półkowych" dotyczących nadużyć stosowanych przez wielkopowierzchniowe sklepy spożywczo gospodarcze) powinien być ewentualnie kierowany względem producenta na drodze sądowej, jeżeli odwołujący czuje się przez ten podmiot w jakikolwiek sposób pokrzywdzony w wyniku

prowadzonej przez niego polityki względem odsprzedawców czy partnerów, a nie adresowany do zamawiającego. Zamawiający lub KIO, wobec braku jakichkolwiek dowodów (odwołujący nie załączył ich np. do pisma z dnia 6 maja 2024 r.) nie mogą nawet podjąć próby dokonania oceny działań producenta, a tym samym ocenić czy oferta przystępującego (czy raczej odwołującego) została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca IT Solution Factor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 522 656,76 zł netto, co stanowi równowartość: 112 711,99 euro netto, w tym opcje: 264 153,94 zł netto, co stanowi równowartość: 56 965, 33 euro netto *(dowód: protokół postępowania).*

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie oferty z dnia 24 stycznia 2024 roku, otrzymanej od wykonawcy Nomios Poland sp. z o.o. *(dowód: oferta z dnia 24 stycznia 2024 roku).*

Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, wynosi 642 867,81 zł brutto, w tym opcje: 324 909,35 zł brutto *(dowód: informacja z dnia 26 kwietnia 2024 roku).*

W postępowaniu wpłynęły 2 oferty:

1) allclouds.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną: 418 200,00 zł

2) IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną: 405 900,00 zł

(dowód: Informacja o ofertach złożonych w postępowaniu z dnia 26 kwietnia 2024 roku)

W dniu 24 maja 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty ITSF jako oferty najkorzystniejszej*(dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 24 maja 2024 roku).*

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Stosownie do ust. 2 pkt 1 w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Z powyższego wynika, iż przepis art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. obejmuje dwie okoliczności, wyrażone w formie alternatywy łącznej „lub", do których należy odnieść wartość 30% ceny całkowitej oferty, tj. wartość zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług, a także średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na określonych podstawach. Powyższe powoduje, że w każdym przypadku, gdy wystąpi co najmniej jedna z tych okoliczności, zamawiający będzie miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

W rozpoznawanym przypadku zaszła jedna ze wskazanych w przepisie okoliczności, tj. cena oferty przystępującego jest niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W sytuacji, w której zamawiający stwierdził istnienie tejże okoliczności, obowiązany był wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w zakresie zaoferowanej ceny. Zamawiający byłby zwolniony z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy P.z.p. jedynie wówczas, gdyby wskazane rozbieżności wynikały z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i w oświadczeniu złożonym podczas rozprawy w dniu 20 lipca 2024 roku podniósł takie okoliczności, niemniej jednak Izba nie przyznała w tym zakresie słuszności stanowisku zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że oczywiste okoliczności, które zwalniają go od wezwania przystępującego do złożenia

wyjaśnień co do zaoferowanej ceny wynikają z dwóch faktów:

- obie złożone oferty są na zbliżonym poziomie,

- zamawiający oparł szacowanie wartości zamówienia wyłącznie o jedną uzyskaną wycenę, co skutkowało przeszacowaniem wartości zamówienia.

W ocenie Izby wskazane przez zamawiającego okoliczności nie stanowią o zwolnieniu go od wezwania przystępującego wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny.

Zasady, na podstawie których zamawiający dokonują ustalenia wartości zamówienia zawarte są w art. 28 i nast. ustawy P.z.p. I tak, zgodnie z art. 28 ustawy P.z.p. podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością.

Za ustalenie wartości zamówienia odpowiedzialny jest zawsze zamawiający. Oznacza to, że zamawiający nie jest związany wyceną przedstawioną przez podmioty zewnętrzne, nie występuje tu także żaden automatyzm w ustalaniu wartości zamówienia, polegający np. na wyciągnięciu średniej z przygotowanych wycen przez różne podmioty profesjonalne lub zebranych na rynku informacji cenowych. Otrzymane kalkulacje, wyceny czy „oferty ramowe" mają zawsze charakter informacyjny i w zamierzeniu mają stanowić wyłącznie źródło informacji dla zamawiającego (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 197).

Z powyższego wynika, iż bez znaczenia dla oceny zasadności argumentacji zamawiającego co do wystąpienia oczywistej okoliczności uzasadniającej zwolnienie go od wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, pozostaje fakt, że zamawiający oparł szacowanie wartości zamówienia tylko na jednej otrzymanej wycenie. Ustawa P.z.p. nie określa minimalnej ilości wycen czy ofert, jakie winien wziąć pod uwagę zamawiający przy dokonywaniu szacunku. Ze wskazanego wyżej fragmentu komentarza wynika, że tego rodzaju kalkulacje mają dla zamawiającego wyłącznie charakter informacyjny. Zamawiający może stosować dowolne techniki ustalenia prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający podnosząc, że oparł szacunek wyłącznie na jednej ofercie nie udowodnił, że przeszacował wartość zamówienia. Zamawiający złożył jako dowód w tym zakresie wycenę z dnia 24 stycznia 2024 roku, dokonaną przez podmiot Nomios Poland Sp. z o.o. Izba przeprowadziła dowód ze wskazanej wyceny i ustaliła, że dokonana wycena opiewa na kwotę równą szacunkowej wartości zamówienia.

Zamawiający na okoliczność przeszacowania szacunkowej wartości zamówienia złożył umowę nr 179/2021, zawartą pomiędzy nim a odwołującym jako dotychczasowym dostawcą tej usługi, w której to umowie ustalono wynagrodzenie wykonawcy na kwotę 464 000,00 zł brutto. Izba przeprowadziła dowód ze złożonej umowy, niemniej jednak stwierdziła, że postanowienia umowy nie świadczą o tym, że wartość zamówienia ustalona dla przedmiotowego zamówienia została zawyżona. U podstaw takiej oceny Izby legło stwierdzenie, że przedmiotowa umowa została zawarta w 2021 roku. W obliczu upływu aż trzech lat od jej zawarcia i dwucyfrowej inflacji jaka ma miejsce w ciągu ostatnich 2-3 lat (okolicznością notoryjną) ustalanie wartości zamówienia na podstawie danych z 2021 roku należałoby uznać za niewiarygodne.

Izba podkreśla, że zamawiający, który mógł zapoznać się z treścią odwołania w dniu jego wniesienia do Krajowej Izby Odwoławczej, tj. w dniu 29 maja 2024 roku, mógł podjąć kroki w celu pozyskania dowodów na okoliczność przeszacowania wartości zamówienia. Zamawiający nie wykazał, że takie kroki podejmował.

W tej sytuacji jedynym wiarygodnym dowodem na ustalenie wartości zamówienia, zawierającym najbardziej aktualne dane, jest wycena dokonana przez Nomios Poland Sp. z o.o. Tym samym Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, że wartość zamówienia została przeszacowana.

W ocenie Izby o przeszacowaniu wartości zamówienia nie świadczy fakt, że dwie złożone w postępowaniu oferty są do siebie zbliżone i niższe od szacunkowej wartości zamówienia. Izba podkreśla, że stanowisko to nie stoi w sprzeczności z poglądem wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1612/21, na który to wyrok powołał się zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. We wskazanym wyroku Izba stwierdziła, że „Inną przyczyną odstąpienia od badania rażąco niskiej ceny może być sytuacja, w której wartość szacunkowa powiększona o VAT jest wyraźnie zawyżona w stosunku do cen złożonych ofert, wskutek czego oferty te okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30% od tejże wartości". W tym samym wyroku Izba stwierdziła jednakże, że „Każdy przypadek musi być analizowany indywidualnie, tak by można było stwierdzić, że w danym postępowaniu rozbieżność między ceną danej oferty a wartością zamówienia powiększoną VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, rzeczywiście wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia."

W rozpoznawanym przypadku brak jest podstaw do stwierdzenia, że ceny dwóch złożonych ofert, które odbiegają *in minus* od wartości zamówienia, świadczą o przeszacowaniu tejże wartości. W sytuacji, gdybyśmy mieli do czynienia z większą ilością ofert, np. kilkoma czy kilkunastoma, okoliczność, że we wszystkich zaoferowano cenę zdecydowanie niższą od wartości zamówienia, mogłaby przesądzać o przeszacowaniu tej wartości. Jednakże, gdy złożono tylko dwie oferty, stwierdzenie, że zaoferowane w nich ceny świadczą o zawyżeniu wartości zamówienia byłoby zbyt daleko idące. Podkreślić należy, że wykonawcom mogą przysługiwać szczególne okoliczności, uprawniające ich do obniżenia ceny oferty. Do okoliczności tych należą np. wyjątkowo korzystne rozwiązania techniczne, warunki dostaw czy usług, oryginalność świadczonych usług itp. Istnienie owych okoliczności nie oznacza jednak, że cena została nieprawidłowo oszacowana, jako że okoliczności te nie muszą dotyczyć wszystkich uczestników postępowania. Nie bez znaczenia jest również fakt, że wycena, na podstawie której zamawiający oszacował wartość zamówienia, również została sporządzona przez uczestnika rynku, który zapewne sporządził ją w oparciu o aktualne ceny i wskaźniki.

Wskazane wyżej argumenty świadczą o tym, że w rozpoznawanym przypadku nie może być mowy o zwolnieniu zamawiającego z obowiązku wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny z uwagi na fakt, że rozbieżność pomiędzy ceną przystępującego a wartością szacunkową zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wystąpienie takich okoliczności może dotyczyć wyłącznie zdarzeń i faktów co do których nie ma konieczności dokonywania analizy oraz porównywania i badania innych przypadków. Jak wykazano wyżej, w rozpoznawanej sytuacji nie miało to miejsca.

Wskazana wyżej argumentacja świadczy o niezasadności odwołania w zakresie zarzutów 1 i 3. Zarzut drugi należało natomiast uznać za przedwczesny, zatem nie podlegający merytorycznej ocenie. Ustalenie, czy cena zaoferowana przez przystępującego nosi znamiona rażąco niskiej bądź złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji, będzie mogło mieć miejsce dopiero po złożeniu przez przystępującego stosownych wyjaśnień. Izba pominęła zatem przy rozstrzyganiu podnoszoną w tym zakresie przez strony i przystępującego argumentację, jak również złożone dowody.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……